

# Journal des tribunaux

17 février 2001  
120<sup>e</sup> année - N° 6000

Bureau de dépôt : Charleroi X  
Hebdomadaire, sauf juillet/août

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES  
Edmond Picard (1881-1899) - Léon Hennebicq (1900-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

7 ISSN 0021-812X

## EDITORIAL

Le 4 juin 1977, le *J.T.* publiait son 5000<sup>e</sup> numéro. C'était un numéro qui ne contenait ni doctrine, ni jurisprudence. Le rédacteur en chef de l'époque, Jean Dal, indiquait dans son éditorial qu'il avait apparu opportun au comité de rédaction « de faire du cinq millième numéro du *J.T.*, une petite musique de jour, un rien farfelue, drôle si ses séquences ne sont pas trop indignes de ce propos ». Il annonçait déjà en même temps que « les grandes orgues » retentiraient en 1982 pour la célébration du centenaire du *J.T.*, ce qui fut le cas puisque nous avons publié à cette occasion un numéro de 168 pages. Malheureusement Jean Dal n'était plus là pour assister à la séance académique qui eut lieu à cette occasion en présence du roi Baudouin au Palais de justice de Bruxelles.

Si le cinq millième numéro fut un numéro dominé par l'humour, tout en musique légère, nous avons choisi pour le numéro 6000 de nous tourner vers l'avenir en le consacrant entièrement aux aspects juridiques des nouvelles technologies.

Certes, on peut avoir des opinions différentes au sujet d'Internet et certains moins doués que les autres s'énervent parfois lorsqu'ils ne trouvent pas sur certains sites juridiques ce qu'ils y cherchent.

L'*e-mail* est un outil sans doute merveilleux par sa rapidité pour ceux qui ont des doigts agiles sur le clavier, mais certains se demandent aussi pourquoi tout doit aller plus vite aujourd'hui qu'hier. Et n'est-il pas souvent plus agréable d'analyser un arrêt de la Cour de cassation en le lisant sur le papier plutôt que sur un écran?

Mais notre objectif n'est pas de porter un jugement de valeur sur les nouvelles technologies. Celles-ci existent; elles suscitent des problèmes juridiques qui ne peuvent laisser indifférent. Nous remercions les spécialistes de ce droit en formation qui nous ont apporté leur collaboration dans les dix articles qui suivent, mettant ainsi leur savoir et leurs critiques à la disposition de tous nos lecteurs.

Le *J.T.* désire s'adapter à cette évolution. Dans quelques mois, il pourra être consulté sur Internet.

Le 6000<sup>e</sup> numéro n'est qu'une étape dans la vie du *J.T.* qui entre dans sa cent-vingtième année au service de ses lecteurs. Le comité de rédaction, avec l'appui de son éditeur De Boeck & Larcier, envisage l'avenir du *J.T.* avec optimisme.

Le rédacteur en chef,  
R.O. DALCQ

## S O M M A I R E

- Editorial, par R.O. Dalcq ..... 113
- L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique, par D. Gobert et E. Montero ..... 114
- Le paiement sur internet, par J.-P. Buyle ..... 129
- La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet, par A. Strowel, N. Ide et F. Verhoestraete ..... 133
- L'identification sur Internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité, par A. Cruquenaire ..... 146
- Internet et vie privée : entre risques et espoirs, par Y. Pouillet ..... 155
- La responsabilité des fournisseurs de services Internet : derniers développements jurisprudentiels, par T. Verbiest et E. Wéry ..... 165
- Réseaux de distribution et commerce électronique, par J.-P. Triaille et M. Troncoso Ferrer ..... 173
- La brevetabilité des méthodes commerciales liées à Internet, par B. Michaux ..... 179
- e-Business : aspects juridiques, par D. Kaesmacher et P. Verplancke .. 183
- Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire, par M. Pertegás Sender ..... 191
- Chronique judiciaire, par M. Mahieu .. 196

2 0 0 1

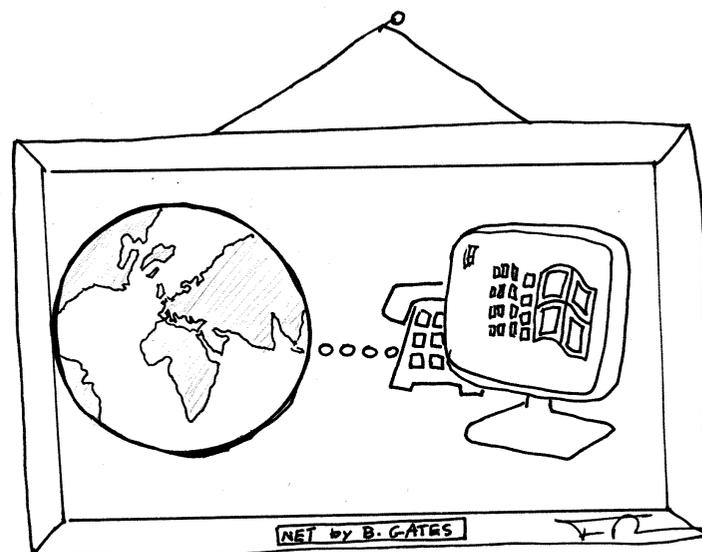
113

Pour marquer l'événement, les éditions Larcier, ont mis ce numéro 6000, en ligne à l'adresse : [www.larcier.be/jt6000](http://www.larcier.be/jt6000).

# LA DIRECTIVE DU 8 JUIN 2000 SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE :

## UN CADRE JURIDIQUE POUR L'INTERNET

L'article propose un commentaire approfondi de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 qui définit le cadre juridique commun pour le développement des services en ligne. Après avoir déterminé la place de cette directive dans la régulation communautaire des services de la société de l'information, ses objectifs et sa portée, l'article envisage les cinq questions essentielles liées à la libre circulation des services en ligne : la règle du lieu d'établissement des prestataires de la société de l'information, les dispositions relatives aux communications commerciales (publicité, marketing direct, etc.), la conclusion de contrats en ligne, la responsabilité des intermédiaires en ligne et la mise en œuvre des réglementations (codes de conduites, etc.).



1. — Avec la directive 2000/31/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (1) (ci-après « directive sur le commerce électronique »), l'Europe des quinze et, au-delà, de nombreux pays liés par des accords de coopération avec l'Union européenne, disposent d'un cadre juridique commun pour le développement des services en li-

(1) *J.O.C.E.*, 17 juill. 2000, L 178/1 à 16. Un document particulièrement intéressant pour l'interprétation de la directive est l'exposé des motifs (et le commentaire article par article qui y est annexé) de la proposition initiale du 18 novembre 1998 (COM[1998] 586 final, pp. 6 à 34). Ce document est disponible en format pdf sur le site de la Commission à l'adresse U.R.L. <http://europa.eu.int/comm/internal\_market/en/media/electcomm/com586fr.pdf>, consultée le 10 janvier 2000. Pour bien comprendre la portée de cette directive, on se rapportera également utilement aux documents suivants : décision de la Commission au fond du 22 avril 1999 (P.E. A4-0248/1999); vote du Parlement européen en première lecture du 6 mai 1999 (P.E. R4-0248/1999); proposition modifiée du 17 août 1999 (COM[1999]0427); position commune du Conseil du 28 février 2000 (C.S.L. 14263/1/1999); appréciation de la Commission du 29 février 2000 (C.E. S.E.C.(2000)0386); décision de la Commission au fond du 10 avril 2000 (P.E. A5-0106/2000); décision du Parlement européen en seconde lecture du 4 mai 2000 (P.E. R5-0187/2000) et la décision finale du 8 juin 2000 (L.E.X. 2000L0031). Parmi les commentaires de la directive et des textes préparatoires, voy. notam., J. Van Den Oosterkamp, « Richtlijn elektronische handel aanvaard », *N.T.E.R.*, 2000, pp. 269-274; J.-P. Triaille, « Un nouveau cadre européen pour le commerce électronique », *A.&M.*, 2000, pp. 270-276; T. Vinje, « Brief analysis of E-commerce proposal in E.C. », *Nouvelles*, 2000/3, pp. 12-19; D. Marino et D. Fontana, « The E.U. Draft Directive on Electronic commerce », *W.I.L.R.*, 03/00, pp. 24-28; E. Moerel, « E-commerce vanuit Europees perspectief », *Ond.*, 2000, pp. 202-209; N. Vos De Wael, « Le commerce électronique au travers de l'examen succinct de certaines réglementations prises ou en chantier au niveau interne et communautaire », *Act. dr.*, 1999, pp. 579-624; D. Hall, « An emerging framework for electronic commerce : the E.U. Electronic Commerce Directive and related developments », *I.C.C.L.R.*, 1999, pp. 171-175; Y. Pouillet et S. Dusollier, « Vers une politique européenne en faveur du commerce électronique? », *C.J.*, 1998, pp. 33-38.

gne, ce qui devrait faciliter l'essor de ce qu'il est convenu d'appeler la « société de l'information ».

On verra que ce cadre juridique, qui doit être transposé en droit interne avant le 17 janvier 2002 (art. 22 de la directive sur le commerce électronique) (2), ne constitue qu'un socle minimal, qui laisse beaucoup de questions ouvertes; il devrait être largement complété par diverses dispositions nationales. En outre, en vertu du principe de subsidiarité, seules certaines questions spécifiques soulevant des problèmes pour le marché intérieur sont abordées. Si harmonisation il y a, elle est somme toute à la fois limitée (points laissés aux Etats membres) et minimale (3) (sur les points abordés).

La directive laisse donc place à des initiatives des Etats membres, et potentiellement à la création de divergences futures, celles-ci pouvant toutefois être corrigées lors des réexamens de la directive prévus à l'article 21 (4). Cela dit, elle lève une insécurité juridique majeure tenant à l'étendue du contrôle que les Etats membres peuvent opérer sur les services en provenance d'un autre Etat membre (considérant 5, voy. *infra* sur le lieu d'établissement des prestataires).

### Place de la directive dans la législation communautaire relative à la société de l'information

2. — Si la directive sur le commerce électronique vise à créer le cadre juridique de référence, d'autres directives ou initiatives communautaires contribuent à déterminer le contenu de la régulation juridique des services de la société de l'information. Il n'est pas inutile de faire

(2) Dans la suite du texte, tous les articles mentionnés proviennent de la directive sur le commerce électronique, à défaut de mention d'une autre source.

(3) Cela résulte du principe directeur adopté par la Commission consistant à « ne traiter que ce qui est strictement nécessaire pour le marché intérieur » (voy. COM[1998] 586 final, p. 15). Mais en même temps, la directive a, selon le considérant 3, « pour objet d'assurer un niveau élevé d'intégration juridique communautaire ».

(4) Ce réexamen devra être fait avant le 17 juillet 2003 et ensuite tous les deux ans sur la base d'un rapport de la Commission et d'éventuelles propositions d'adaptations eu égard à l'évolution juridique, technique et économique dans le domaine des services de l'information. On verra que ces rapports devront tout particulièrement prendre en considération les questions liées à la responsabilité des intermédiaires.

le point sur l'ensemble de mesures complémentaires, parmi lesquelles il faut mentionner tout d'abord celles qui sont directement conçues en vue de régler des questions spécifiques posées par les services en ligne :

— la directive 98/34/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information. Cette directive offre la définition des « services de la société de l'information » à laquelle fait référence la directive sur le commerce électronique (voy. *infra*, n° 4);

— les directives relatives à la protection des données à caractère personnel (directive 95/46/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données; directive 97/66/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications; proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes de la Communauté et à la libre circulation de ces données (COM[1999]0337 final); proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (COM[2000]0385 final);

— la directive 97/7/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance, transposée en droit belge par la loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur;

— la directive 98/84/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 relative à la protection juridique des services à accès conditionnel;

— la directive 1999/93/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Cette directive a comme objectif d'une part de reconnaître juridiquement la signature électronique, afin de favoriser le commerce électronique, et d'autre part de créer un cadre légal pour l'activité des prestataires de service de certification; la proposition de directive relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (position commune (C.E.) n° 48/2000 du 28 septembre 2000). Cette directive tend à adapter la législation relative aux droits d'auteur et droits voisins aux évolutions technologiques et particulièrement à la société de l'information et à transposer les principales obligations internationales découlant des deux Traités sur le droit d'auteur et les droits voisins, adoptés en décembre 1996 dans le cadre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (O.M.P.I.), au niveau communautaire;

— la directive 2000/46/C.E. du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des institutions de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements;

— la proposition de directive (COM [1998] 0468) du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, modifiant les directives 90/619/C.E.E., 97/7/C.E. et 98/27/C.E.

Encore faut-il rappeler que d'autres directives, qui n'ont pas directement pour objet d'encadrer la société de l'information, sont susceptibles de s'appliquer aux services en ligne (5).

(5) Mentionnons : la directive 93/13/C.E.E. du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs; la directive 84/450/C.E.E. du Conseil du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse et comparative; la directive 87/102/C.E.E. du Conseil du

### Objectif de la directive

3. — La directive a pour objectif affiché (à l'article 1<sup>er</sup>, 1) « de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information ». Elle entend ne réglementer que ce qui est strictement nécessaire pour le bon fonctionnement du marché sans frontières.

Outre cet objectif, la directive entend garantir un haut niveau de protection des objectifs d'intérêt général, et en particulier des consommateurs, ce qui se reflète notamment dans la disposition selon laquelle la directive est « sans préjudice du niveau de protection, notamment en matière de santé publique et des intérêts des consommateurs établi par les instruments communautaires et les législations nationales » de mise en œuvre (art. 1<sup>er</sup>, 3). Selon les concepteurs de la directive, les mesures de protection et d'information du consommateur ne vont pas brider le développement des services en ligne, mais, au contraire, renforcer la confiance des consommateurs et donc l'essor des services en ligne. C'est en diminuant les risques d'activités illégales (voy. les règles sur la responsabilité des intermédiaires et les règles prévoyant un contrôle effectif de l'Etat membre où est établie l'entreprise), en imposant des obligations d'information et de transparence aux opérateurs, en éclairant la volonté des consommateurs en cas de conclusion d'un contrat et en garantissant de meilleurs moyens de recours (à travers l'encouragement des codes de conduite et l'utilisation de mécanismes de règlement des différends) que la confiance des consommateurs devrait être confortée.

L'objectif d'harmonisation du marché intérieur ne peut en outre pas aboutir à remettre en cause les mesures de promotion du pluralisme culturel (art. 1<sup>er</sup>, 6) qui existent tant sur le plan communautaire — songeons à la directive 89/552/C.E.E. du 3 octobre 1989 révisée dite « télévision sans frontières » prévoyant un système de soutien aux œuvres européennes — que national.

### Portée de la directive

4. — Elle s'applique aux « services de la société de l'information », entendus comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services » (voy. art. 2, a, de la directive sur le commerce électronique qui renvoie à l'article 1<sup>er</sup>, § 2 de la directive 98/34/C.E. relative au mécanisme de transparence réglementaire, telle que modifiée par la directive 98/48/C.E.). Reprenons les éléments de cette définition :

— par service « à distance », il faut entendre « un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes » (art. 1<sup>er</sup>, 2, a, de la directive 98/34/C.E.),

22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation; la directive 93/22/C.E.E. du Conseil du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières; la directive 90/314/C.E.E. du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait; la directive 98/6/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs; la directive 92/59/C.E.E. du Conseil du 29 juin 1992 relative à la sécurité générale des produits; la directive 94/47/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers; la directive 98/27/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs; la directive 85/374/C.E.E. du Conseil du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux; la directive 1999/44/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et aux garanties des biens de consommation; la directive 92/28/C.E.E. du Conseil du 31 mars 1992 concernant la publicité faite à l'égard de médicaments.

— par service opéré « par voie électronique », il faut entendre « un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par moyens électromagnétiques » (art. 1<sup>er</sup>, 2, a, de la directive 98/34/C.E.; voy. aussi considérant 17);

— constitue un service « à la demande individuelle d'un destinataire de services », celui qui est « fourni par transmission de données sur demande individuelle »; par conséquent, un service de télévision au sens de la directive 89/552/C.E.E. (telle que modifiée par la directive 97/36/C.E.) et de radiodiffusion, donc de point à multipoints, est exclu du champ d'application de la directive, contrairement à un service de vidéo à la demande (considérant 18);

— enfin, l'idée que le service doit en principe être presté « contre rémunération » ne signifie pas qu'un paiement doit nécessairement être réalisé; il suffit qu'il y ait une forme de contrepartie économique.

Plusieurs types d'activités en ligne peuvent donc être visés parmi lesquels (6) :

— les services B2B (« business to business » ou « d'entreprise à entreprise ») et B2C (« business to consumers » ou « d'entreprise à consommateurs ») qui fonctionnent à partir d'un site web; par contre, l'usage du courrier électronique (également appelé « courriel » et, de manière générale, « e-mail ») ou d'un autre moyen de communication en ligne par une personne physique en dehors de son activité commerciale ou professionnelle ne tombe pas dans le champ de la directive (considérant 18);

— les services de vente de biens ou de services, ainsi que les services gratuits (information en ligne) mais comportant toutefois une contrepartie de nature économique, liée par exemple à une publicité;

— les services permettant de réaliser des transactions en ligne, comme par exemple les centres commerciaux en ligne (« online shopping mails »), même si les biens ne sont pas livrés en ligne.

Les objets sur lesquels peuvent porter ces services de la société de l'information seront très variés : sont notamment visés les sites d'information (par ex. financière), les plateformes pour l'*e-business* (par ex. pour grouper des achats et s'adresser à des sous-traitants), les services de conseils en ligne (par ex. de type juridique), les agences immobilières en ligne, les babilleurs (ou « BBS »), les services de recherche d'emplois, les moteurs de recherche, la vidéo à la demande, la fourniture d'accès à l'Internet, l'hébergement de sites, l'offre de forums de discussion, etc. En revanche, la définition des services de la société de l'information ne comprend pas la radiodiffusion télévisuelle sur Internet lorsqu'il s'agit uniquement d'un moyen de transmission supplémentaire, intégrale et inchangée d'émissions de radiodiffusion télévisuelle (déjà transmises par voie hertzienne, par câble ou par satellite).

Certains domaines sont nommément exclus du champ d'application de la directive (voy. art. 1<sup>er</sup>, 5) : il s'agit de la fiscalité, du droit des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (7) (les pratiques de collecte de données dans le cadre des activités de commerce électronique posent de nombreux problèmes à cet égard), des questions de droit de la concurrence (certains services en ligne tels que les plateformes de commerce B2B peuvent directement entrer en conflit avec les règles prohibant les ententes), les activités des notaires ou

autres officiers publics, les activités de représentation de clients et de défense en justice, les activités de jeux d'argent (comprenant jeux de hasard, loteries et transactions sur des paris, avec des enjeux en valeur monétaires) (8).

## Structure

5. — La directive sur le commerce électronique envisage cinq grandes questions en vue de permettre la libre circulation des services en ligne, questions qui seront successivement analysées dans la suite du présent article : le lieu d'établissement des prestataires de la société de l'information, les communications commerciales (publicité, marketing direct, etc.), la conclusion des contrats en ligne, la responsabilité des intermédiaires et la mise en œuvre des réglementations (codes de conduite, règlement des litiges, etc.).

## LE LIEU D'ÉTABLISSEMENT DES PRESTATAIRES DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION (articles 3 à 5)

### Liberté d'établissement

6. — La directive sur le commerce électronique repose sur le principe de la liberté d'établissement. Dans cette optique, elle interdit aux Etats membres de soumettre l'accès aux activités de prestation de services de la société de l'information ou l'exercice de celles-ci, à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre procédure qui pourrait avoir le même effet (art. 4, 1). S'agissant des activités qui peuvent se pratiquer en dehors du cadre des réseaux d'information et qui ne constituent donc pas nécessairement des services de la société de l'information, des exigences et conditions d'accès peuvent être imposées par les Etats membres (art. 4, 2). Il faut penser notamment aux conditions de qualification professionnelle, d'autorisation d'un ordre professionnel ou d'agrégation. La directive précise en outre que les régimes d'autorisations générales et de licences individuelles établis dans le secteur des télécommunications par la directive 97/13/C.E. (9) continuent à s'appliquer (art. 4, 2, *in fine*) et que l'obligation de ne pas soumettre l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information à une autorisation préalable ne concerne pas les services postaux couverts par la directive 97/67/C.E. (10) (considérant 28).

### Principe de contrôle par le pays d'origine

7. — Il est capital de pouvoir déterminer le lieu d'établissement d'un prestataire, étant donné qu'une des dispositions clefs de la directive (art. 3) prévoit que le prestataire de services de la société de l'information est soumis à la législation nationale de l'Etat membre dans lequel il est « établi » (considéré comme étant le « pays d'origine »). Afin d'éliminer toute confusion à cet égard, la directive donne une définition de la notion de « prestataire établi ». Le lieu d'établissement d'un prestataire est le lieu où il exerce effectivement son activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée (art. 2,

(6) Voy. COM[1998] 586 final, pp. 15-16.

(7) Voy. à cet égard les directives 95/4/C.E. du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (*J.O.C.E.*, 28 nov. 1995, L 281/31) et 97/66/C.E. du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications (*J.O.C.E.*, 30 janv. 1998, L 24/1). La loi belge du 11 décembre 1998 qui transpose la directive 95/46/E.C. n'est pas encore entrée en vigueur.

(8) En revanche, les concours ou jeux promotionnels qui visent à encourager la vente de biens ou de services (avec paiement en vue d'acquiescer ces services) sont visés par la directive (voy. considérant 16).

(9) Directive 97/13/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur de services de télécommunications, *J.O.C.E.*, 7 mai 1997, L 117, p. 15.

(10) Directive 97/67/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.C.E.*, 21 janv. 1998, L 15, p. 14.

c). Cette définition est inspirée de la jurisprudence de la Cour de justice qui repose sur les critères d'effectivité et de stabilité de l'activité économique (11) et non sur des critères formels (simple boîte aux lettres) ou technologiques (emplacement des moyens techniques). Ainsi, le seul emplacement des technologies utilisées dans un Etat membre (par ex., l'emplacement du serveur hébergeant les pages d'un site Internet), le simple fait qu'un site Internet soit accessible dans un Etat membre, ou le fait que des services soient offerts de manière ciblée sur le territoire d'un Etat membre, ne permettent pas de conclure que le prestataire y est établi (12). Si le prestataire a plusieurs lieux d'établissement, il faudra déterminer dans quel lieu d'établissement le service concerné est presté (13). S'il est difficile de déterminer, entre plusieurs lieux d'établissement, celui à partir duquel le service concerné est fourni, le lieu d'établissement sera celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique (14).

L'objectif de l'article 3 est d'assurer la libre circulation des services dans la société de l'information. Cette disposition est fondée sur l'article 49 (anciennement 59) du Traité de Rome, consacrant le principe de la libre circulation des services. Pour réaliser cet objectif, il a été jugé nécessaire de contrôler les services de la société de l'information à la source de l'activité et de les soumettre (en principe) au régime juridique de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi (15). Il appartient donc à l'Etat membre d'origine des services de veiller à leur légalité par rapport aux dispositions nationales applicables relevant du « domaine coordonné » (16) (art. 3, 1). Le domaine coordonné ne couvre que les exigences générales et spécifiques qui sont applicables aux activités en ligne, telles que l'information en ligne, la publicité en ligne, les achats en ligne et la conclusion des contrats en ligne (17). Sont par exemple explicitement exclus du domaine coordonné, les exigences applicables aux biens en tant que tels (par ex., les normes en matière de sécurité, les obligations en matière d'étiquetage ou la responsabilité du fait des produits), les exigences relatives à la livraison ou au transport des biens, les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique.

L'obligation pour l'Etat membre d'origine de contrôler les services de la société de l'information à la source, est assortie d'une interdiction (de principe) pour les autres Etats membres de restreindre la libre circulation de ces services pour des raisons relevant du domaine concerné (art. 3, 2).

Le principe du contrôle par le pays d'origine semble être un atout capital pour les prestataires des services de la société de l'information, étant donné qu'en principe, ils ne devront se conformer qu'au régime juridique de l'Etat membre dans lequel ils sont établis. Toutefois, il ne faut pas surestimer son importance, puisqu'un nombre important de domaines ne tombent pas sous le champ d'application du principe de contrôle par le pays d'origine, à savoir les domaines exclus du champ d'application de la directive (voy. *supra* n° 4) et ceux qui sont couverts par la directive mais qui ont explicitement été soustraits à l'application de ce principe (énumérés à l'annexe I de la directive; voy. *infra*, n° 8). En

outre, la directive prévoit des possibilités de dérogation au principe de la libre circulation des services de la société de l'information (voy. *infra*, n° 9).

#### Domaines exclus par la directive (annexe I)

8. — Parmi les domaines exclus à l'annexe I, on mettra en évidence : les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs, les droits de propriété intellectuelle et industrielle, la diffusion par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées (aussi appelée *spamming*; voy. à ce propos *infra*, n° 13).

En ce qui concerne les obligations résultant de contrats conclus avec des consommateurs (18), il faut se référer aux règles de rattachement contenues dans la Convention de Rome (19). Le principe de base (autonomie des parties : application de la loi choisie par les parties, et, à défaut, application de la loi du pays avec lequel le contrat présente le lien le plus étroit) appliqué dans la société de l'information désignera généralement la loi de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi. Toutefois, en vertu de l'article 5, 2 de la Convention de Rome, la loi choisie par les parties ne porte pas préjudice aux dispositions impératives visant à protéger les consommateurs et relevant du droit du domicile du consommateur, notamment dans les cas suivants : (i) la conclusion du contrat a été précédée par une offre particulière ou une publicité dans le pays du consommateur, (ii) les démarches nécessaires pour la conclusion du contrat ont été effectuées dans le pays du domicile du consommateur. Il est évident que l'incertitude liée à l'interprétation de ces conditions est plus importante dans le monde des services en ligne (il est par ex. extrêmement difficile d'établir qui a entrepris les premières démarches). Vu que les cours et tribunaux adoptent habituellement en Europe une optique protectrice des consommateurs, ces conditions seront probablement interprétées de manière à pouvoir appliquer la loi du domicile du consommateur. Dans ce cas, les prestataires seront confrontés aux dispositions visant à protéger les consommateurs dans tous les Etats membres.

Les règles de droit international privé en matière de propriété intellectuelle ou industrielle mènent souvent à l'application du droit de l'Etat membre où l'infraction est commise. Dans la société de l'information, si infraction il y a, elle se produira assurément dans plusieurs Etats membres en même temps. Des problèmes pourraient survenir si les droits intellectuels ne sont pas suffisamment harmonisés.

Puisque le *spamming* fait également partie des domaines exclus du champ d'application du principe de contrôle par le pays d'origine, il est probable que le droit applicable sera, en général, celui de l'Etat membre du destinataire.

#### Possibilité d'exclusion par les Etats membres

9. — En sus des domaines explicitement exclus par la directive, les Etats membres peuvent prendre à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures qui dérogent au principe de contrôle par le pays d'origine. Quelles conditions doivent-elles être respectées? Les mesures doivent être nécessaires pour des raisons d'ordre public, de protection de la santé publique, de sécurité publique ou de protection des consommateurs. En outre, elles doivent porter sur un service de la société de l'information qui porte atteinte à ces objectifs, ou qui présente un risque sérieux et grave d'atteinte à ceux-ci. En tout état de cause, l'Etat membre qui souhaite prendre ces mesures doit préalablement en informer l'Etat membre d'origine et la

(11) C.J.C.E., 25 juillet 1991, aff. C-221/89, *Rec.*, 1991, p. 1-3905, pt. 20 : « la notion d'établissement au sens des articles 52 et suivants du Traité, comporte l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un Etat membre pour une durée déterminée ».

(12) Voy. COM[1998] 586 final, p. 21.

(13) Voy. considérant 19 *in fine*. Il semble dès lors que le lieu d'établissement doit être déterminé séparément pour chaque type de service (par ex., le lieu d'établissement du prestataire qui offre des services de vente en ligne, mais également des services d'hébergement, ne sera pas nécessairement le même pour ces deux types de services).

(14) Voy. considérant 19 *in fine*. Cette difficulté peut notamment se produire lorsque le prestataire offre un service, par ex., d'hébergement, à partir de plusieurs Etats membres.

(15) Voy. considérant 22.

(16) Défini à l'article 2, *h*.

(17) Voy. considérant 21.

(18) Pour un commentaire détaillé sur cette dérogation, voy. E. Moerel, « E-commerce vanuit Europees perspectief », *Ond.*, 2000, pp. 202-209.

(19) Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980.

Commission (20) (art. 3, 4, b). La Commission peut demander de ne pas prendre ou de cesser ces mesures, si elle estime qu'elles sont incompatibles avec le droit communautaire (art. 3, 6).

Il importe de souligner que le principe de contrôle par le pays d'origine ne détermine nullement la juridiction des cours et tribunaux d'un Etat membre. La directive indique elle-même que sa portée est limitée en ce qu'elle « n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions » (art. 1, 4) (21). Autrement dit, les règles nationales et internationales de compétence des tribunaux (en ce compris la Convention de Bruxelles de 1969) restent d'application.

A cet égard, la proposition modifiée du 26 octobre 2000 de règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (COM[2000] 0689) tend à améliorer et accélérer la libre circulation des jugements en matière civile et commerciale au sein du marché intérieur. Elle s'appuie sur les nouvelles dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à la coopération judiciaire en matière civile et vise à uniformiser les règles de droit international privé des Etats membres en matière de compétence judiciaire ainsi qu'à améliorer et accélérer la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale.

Assez curieusement, la directive semble ne pas considérer le principe de contrôle par le pays d'origine comme une règle de droit international privé. Quoiqu'il en soit, pour ces questions souvent délicates à résoudre dans le domaine du « cyberspace », on est renvoyé aux règles existantes.

En outre, en ce qui concerne les services de la société de l'information en provenance de pays tiers, les règles de droit international privé restent bien entendu d'application. Par ailleurs, rien n'empêche les Etats membres d'étendre le champ d'application du principe de contrôle par le pays d'origine en dehors de l'espace économique européen.

Eu égard à ce qui précède, il est fort probable que le champ d'application du principe de libre circulation des services de l'information et de contrôle par le pays d'origine fasse l'objet de nombreux débats lors de la transposition et de la mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique.

### Devoir d'information

10. — L'article 5 impose aux prestataires des services de la société de l'information l'obligation de communiquer un certain nombre d'informations. Nous renvoyons ici à l'énumération contenue dans cet article (dans laquelle on trouve : nom et coordonnées du prestataire, n° de t.v.a., etc.).

Une telle obligation est également prévue à d'autres endroits dans la directive (art. 6 et 10), dans certaines législations nationales et dans la directive 97/7/C.E. en matière de contrats à distance. L'obligation d'information prévue par la directive 97/7/C.E. ne porte toutefois que sur les communications relatives à la conclusion de contrats à distance. Il est évident que les services de la société de l'information n'ont pas tous pour objectif la conclusion de contrats. De là, la nécessité d'imposer un devoir d'information général.

L'objectif étant d'accroître la transparence, et partant, la protection du consommateur, il est important que les informations visées soient facilement accessibles au cours de la fourniture du service. Un icône ou un logo contenant un lien hypertexte vers une page contenant ces informa-

tions et visible sur l'ensemble des pages du site devrait suffire à satisfaire cette condition (22).

## LES COMMUNICATIONS COMMERCIALES (articles 6 à 8)

11. — Les articles 6 et 7 de la directive prévoient certaines obligations applicables aux communications commerciales faisant partie de ou constituant un service de la société de l'information.

La notion de communication commerciale est définie à l'article 2, f, comme étant « toute forme de communication destinée à promouvoir directement ou indirectement des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée ». Certaines informations et communications sont explicitement exclues du champ d'application de la définition de communication commerciale. Il s'agit (i) des informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne (tel qu'un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique), ainsi que (ii) les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation, de la personne, élaborée de manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière (il faut notamment penser aux rapports établis par des organismes de consommateurs, par ex. Test-Achat).

Le but de ces articles est de distinguer clairement la publicité des informations objectives.

### Devoir d'information

12. — En vertu de l'article 6, les communications commerciales doivent être clairement identifiables comme telles (23), ainsi que la personne physique ou morale pour le compte de laquelle cette communication est faite (24). Les offres promotionnelles, les concours et les jeux (25) (lorsque ceux-ci sont permis dans l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi) doivent être clairement identifiables et permettre un accès facile à des conditions de participation précises et non équivoques.

### Spamming

13. — L'article 7 traite des pratiques de *spamming*, c'est-à-dire l'envoi de courriers électroniques non sollicités.

Les prestataires doivent, en vertu de cet article, prendre des mesures afin de permettre aux destinataires d'identifier ces communications de manière claire et non équivoque dès leur réception (c'est-à-dire avant l'ouverture et la lecture du message) (26). Il est évident que cette disposition aura un impact sur la publicité par courrier électronique. En effet,

(22) Voy. COM[1998] 586 final, p. 24.

(23) En cas de bannières, l'identification est claire. Par contre, un article vantant les mérites d'un produit, commandé et financé par un opérateur commercial, sans que cela soit mentionné, ne respecte pas l'obligation d'identification claire. Voy. COM[1998] 586 final, p. 24.

(24) Cette condition peut être remplie par l'affichage sur l'ensemble des pages du site d'un icône ou d'un logo contenant un lien hypertexte vers une page contenant l'information requise. En ce qui concerne les bannières, une identification de l'annonceur sur celles-ci n'est pas nécessaire, si la bannière rend une telle identification possible, par ex. par un lien hypertexte. Voy. COM[1998] 586 final, p. 24.

(25) Pour autant qu'ils tombent dans le champ d'application de la directive (voy. *supra* n° 9).

(26) Voy. COM[1998] 586 final, p. 24.

(20) Les Etats membres peuvent, conformément aux conditions définies dans la directive, appliquer leur règles de droit pénal et de procédure pénale, sans qu'il soit nécessaire de notifier ces mesures à la Commission (considérant 26).

(21) Voy. égalem., le considérant 23.

il est probable que bon nombre de destinataires effacent systématiquement les messages ainsi identifiés sans en avoir pris connaissance, à partir du moment où ils savent qu'il s'agit d'une communication commerciale non sollicitée.

Par ailleurs, l'article 7 impose aux Etats membres de prendre des mesures afin de forcer les prestataires à consulter régulièrement et à respecter les registres d'*opt-out*, à savoir des registres dans lesquels des personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications commerciales peuvent s'inscrire. Ces solutions sont proposées en complément de celles déjà reprises à l'article 10, 2 de la directive 97/7/C.E. en matière de contrats à distance et à l'article 12, 2 de la directive 97/66/C.E. concernant le traitement des données à caractère personnel.

Enfin, les Etats membres peuvent, s'ils le souhaitent, interdire purement et simplement la pratique du *spamming*.

### Professions réglementées

14. — L'article 8 pose le principe général de l'autorisation de la communication commerciale pour des professions réglementées, dans la mesure nécessaire à ces professions afin de prêter un service de la société de l'information et à condition de respecter les règles professionnelles qui leur sont applicables (art. 8, 1). En pratique, cela implique qu'un prestataire qui veut utiliser Internet pour offrir des services qui relèvent du régime des professions réglementées ou qui souhaite diffuser des communications commerciales pour ces services, devra déterminer quels types d'informations peuvent être communiqués, compte tenu des règles professionnelles applicables (27).

Face à la grande diversité des situations actuelles, l'auto-réglementation au niveau communautaire est encouragée. Les associations et organismes professionnels sont priés d'élaborer des codes de conduite (art. 8, 2). Si nécessaire, la Commission prendra des mesures à ce niveau, tout en tenant dûment compte de ces codes de conduites (art. 8, 3).

## LA CONCLUSION DES CONTRATS EN LIGNE (articles 9 à 11)

15. — La formation des contrats en ligne pose deux types de questions : les unes sur le plan de la validité (à partir de quand et où le contrat est-il conclu?), les autres sur le plan de la preuve (quelle est la valeur probatoire à accorder à une signature électronique?). Alors que les problèmes de preuve sont partiellement résolus par la directive 99/93/C.E. du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (28), la directive sur le commerce électronique vise à faciliter la conclusion des contrats en ligne. Trois dispositions (art. 9 à 11) rangées sous une section 3 (« Contrats par voie électronique ») sont consacrées à cet aspect.

### Suppression des obstacles à la conclusion des contrats en ligne

16. — L'article 9, 1, instaure l'obligation pour les Etats membres de veiller « à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique ». D'après l'exposé des motifs, il s'agit d'une « obligation de résultat » à charge des Etats membres qui

sont tenus « de faire un examen systématique de leurs réglementations susceptibles d'empêcher, limiter ou dissuader l'utilisation des contrats par voie électronique » (29); cette recherche ne peut déboucher sur de simples modifications cosmétiques ou terminologiques, mais doit aboutir à l'identification des obstacles concrets susceptibles de gêner l'utilisation effective des contrats par voie électronique. En outre, l'examen ne doit pas seulement porter sur l'étape de la *conclusion* du contrat proprement dite, mais sur toutes les étapes du processus contractuel, c'est-à-dire l'invitation de faire une offre de contracter ou l'offre de contracter, la négociation, l'offre (en cas de simple invitation antérieure à contracter), la conclusion elle-même, l'enregistrement (éventuel) du contrat, la résiliation ou la modification du contrat, la facturation, l'archivage du contrat (30). Parmi les exigences de forme que les Etats devront examiner et supprimer le cas échéant, il y a, selon l'exposé des motifs, celles relatives au support du processus contractuel (exigence d'un « écrit », d'un support « papier », d'un « formulaire » particulier, d'un « original » du contrat, d'un « nombre déterminé d'originaux » (par ex., un pour chaque partie) ou d'une « publication »; il y a les exigences relatives à la présence de personnes physiques au moment de la conclusion, éventuellement dans un lieu particulier; il y a les exigences relatives à l'implication de tiers (conclusion en présence de témoins, authentification par notaires, enregistrement auprès d'une autorité, etc.). Les mêmes effets juridiques doivent être reconnus aux contrats en ligne et à ceux conclus par des procédés plus traditionnels.

Il faudrait analyser concrètement si le droit belge comporte des règles freinant la conclusion des contrats par voie électronique. *A priori*, un système non formaliste, comme celui du Code civil (en matière de validité des actes juridiques, pas en matière de preuve), privilégiant l'autonomie de la volonté, y compris en ce qui concerne les modalités de manifestation de la volonté respecte ce prescrit communautaire. Cela dit, l'obligation imposée par l'article 9 de la directive porte également sur des règles concernant la preuve — songeons à l'obligation en matière probatoire de la formalité du « double original » de l'article 1325 du Code civil — et ces règles devront être modifiées si elles constituent des freins à l'usage des moyens électroniques pour conclure des contrats. En outre, il faudrait vérifier si les mesures adoptées en vue de protéger les consommateurs ne sont pas susceptibles de gêner la conclusion des contrats en ligne.

Une étude générale relative à l'implémentation de la directive (ne portant toutefois pas sur la question de l'impact éventuel des mesures de protection des consommateurs sur la conclusion des contrats) a été confiée au Centre de recherche informatique et droit des F.U.N.D.P. Les résultats de celle-ci devraient être rendus publics vers le mois de mars 2001.

Certains types de contrats peuvent être soustraits par les Etats membres (mais sous le contrôle quinquennal de la Commission : voy. art. 9, 3) à l'obligation de lever les obstacles juridiques à la conclusion de contrats : les contrats en matière immobilière, les contrats exigeant l'intervention de tribunaux, autorités publiques ou officiers publics, les contrats en matière de sûretés ou relevant du droit de la famille ou des successions (voy. art. 9, 2).

### Obligation d'information

17. — Afin de protéger les cocontractants et tout spécialement les consommateurs, l'article 10, 1, impose au prestataire de service une obligation préalable (donc avant la passation d'une commande) d'information quant aux modalités du processus contractuel, en ce sens qu'il est tenu de :

(27) Voy. COM[1998] 586 final, p. 25.

(28) *J.O.C.E.*, 19 janv. 2000, L 13/12. Voy. également la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (*M.B.*, 22 déc. 2000, p. 42698) qui transpose pour partie cette directive.

(29) Voy. COM[1998] 586 final, p. 26 (commentaire de l'article 9); voy. également le considérant 34.

(30) Voy. COM[1998] 586 final, p. 26 (commentaire de l'article 9).

- présenter les étapes techniques à suivre pour la conclusion du contrat (par ex. comment avoir accès aux conditions, comment manifester son consentement (cliquer sur un bouton « J'accepte »), etc.);
- préciser si le contrat est archivé et accessible après sa conclusion;
- fournir, avant que ne soit formé le contrat, les moyens d'identifier et de corriger les erreurs commises dans la saisie des données;
- indiquer les langues dans lesquelles le contrat est disponible.

On notera que dans la directive 97/7 sur les contrats à distance (31), l'obligation d'information ne s'étendait pas à ces éléments. La loi belge du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.C.) devra donc être modifiée sur ce point.

En outre, les informations que le prestataire de service doit fournir à son cocontractant doivent être formulées « de manière claire, compréhensible et non équivoque » (art. 10, 1) et il faut que le cocontractant ait la possibilité de conserver et de reproduire les clauses ou conditions générales contenant notamment ces informations (art. 10, 3).

### Consommateurs

**18.** — Cette obligation d'information précontractuelle, ainsi que les obligations des articles 10, 2 (indiquer les codes de conduite), 11, 1 (accuser réception d'une commande) et 11, 2 (permettre de corriger les erreurs), peuvent être écartées par une clause contraire acceptée par le contractant, sauf s'il s'agit d'un consommateur. Autrement dit, cette obligation est impérative à l'égard d'un consommateur, mais supplétive à l'égard des autres contractants. Il est donc essentiel de savoir quand on a affaire à un consommateur : l'article 2, e, de la directive définit le « consommateur » comme « toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

### Codes de conduite

**19.** — Comme on le verra ci-après, la directive entend encourager le développement des codes de conduite; c'est pourquoi elle requiert des Etats membres qu'ils veillent à ce que le prestataire de service indique quels sont les éventuels codes de conduite auxquels il est soumis et comment il peut y avoir accès (art. 10, 2), mais cette information ne doit pas nécessairement être fournie avant que le contrat soit passé.

### Conditions pour la passation d'une commande

**20.** — C'est la question de l'usage d'un clic de la souris sur un bouton « J'accepte » (*I agree*) qui est ici en jeu (contrats dits de *click-wrap*).

On se rappelle qu'en matière de contrats conclus entre absents, la Cour de cassation (32) a opté pour la théorie de la réception, selon laquelle le contrat est conclu au moment de la réception de l'acceptation par l'offrant (même s'il n'a pas effectivement pu prendre connaissance de la volonté de l'acheteur). Pour les commandes passées à distance par des moyens électroniques, la directive (art. 11, 1) prévoit que le pollicitant (le prestataire de services) « doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique ».

Il est en outre précisé que la commande du destinataire et l'accusé de réception du prestataire sont supposés être reçus « lorsque les parties

auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ». C'est à partir du moment où l'acheteur a la possibilité d'avoir accès à l'accusé de réception du vendeur que la commande est donc passée. En cas d'accusé envoyé à l'acheteur par *e-mail*, c'est donc au moment où cet *e-mail* parvient dans la boîte à messages (*mailbox*) de l'acheteur que la commande est passée et non pas à condition que, et au moment où celui-ci en prend connaissance.

Contrairement à la proposition originale de directive, l'article 11, 1 finalement adopté n'impose pas le système du « double clic », qui avait pour conséquence que la commande était passée lorsque le destinataire du service a marqué son acceptation (par un 1<sup>er</sup> clic), a reçu l'accusé de réception de son acceptation et a confirmé la réception de cet accusé (par un 2<sup>e</sup> clic) (33). On a considéré que cette exigence d'une confirmation de la réception allait trop loin, et ne donnait pas au destinataire suffisamment de sécurité (il ne savait pas si sa dernière confirmation était parvenue au vendeur).

### Détermination du moment de conclusion d'un contrat?

**21.** — L'article 11, 1 soulève néanmoins d'importantes interrogations. S'applique-t-il à la seule passation d'une *commande*, à l'exclusion de toutes autres formes contractuelles? Détermine-t-il encore le *moment* de passation d'une commande?

Pour ces deux questions, il est utile de rappeler l'historique du texte. En effet, à l'état de proposition et de proposition modifiée, l'article 11, 1 de la directive s'intitulait « Moment de conclusion », il visait « les cas où il est demandé à un destinataire du service d'exprimer son consentement en utilisant des moyens technologiques, tels que cliquer sur un icône », et il visait à « déterminer clairement le moment à partir de quand le contrat est conclu » (34). Dans sa formulation finalement retenue, l'article 11 s'intitule « Passation d'une commande » et il détermine les « principes » qui s'appliquent « dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens technologiques ».

Cette évolution illustre clairement la volte-face effectuée par le législateur européen, limitant fortement le champ d'application de l'article 11.

D'une part, l'article 11 ne vise plus que les actes juridiques pouvant être qualifiés de « commandes ». Malheureusement, la directive ne définit pas ce qu'elle entend par ce terme. C'est le terme « commande » plutôt que le terme « offre » qui a été retenu (35) parce que ce premier permettait de résoudre le conflit existant entre les systèmes juridiques qualifiant la proposition faite par un vendeur « d'offre », et ceux qualifiant cette proposition « d'invitation à faire une offre » (notamment l'Allemagne). Le terme « commande » viserait donc la proposition faite par un vendeur, indépendamment de sa qualification en droit national. On peut déduire de l'exposé des motifs accompagnant l'ancienne version de l'article 11 qu'il doit s'agir d'une offre de vente de biens et de services non susceptible d'être négociée (36) (on pense surtout à l'usage de conditions générales). Il est également clair que le terme « commande » ne vise pas les contrats conclus par échange d'*e-mails*, qui sont expressément exclus du champ d'application de l'article 11, 1, par l'article 11, 3 (voy. *infra*, n° 23). Mais l'article 11, 1, s'applique-t-il également à l'acceptation de clauses d'exo-

(31) Transposée en droit belge par la loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

(32) Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 721; E. Dirix et A. Van Oevelen, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel) », *R.W.*, 1992-1993, pp. 1209-1237 (p. 1215).

(33) Autrement dit, il fallait passer par quatre étapes : l'offre du prestataire, l'envoi de l'acceptation par le destinataire (1<sup>er</sup> clic), la réception par le destinataire de l'accusé de réception envoyé par le prestataire et la confirmation (2<sup>e</sup> clic) par l'acceptant de la réception de l'accusé de réception envoyé par le prestataire.

(34) Voy. COM[1998] 586 final, p. 28 (commentaire de l'article 11).

(35) Information communiquée de manière officielle par la Commission.

(36) L'exposé des motifs précisait qu'il s'agissait « d'un processus où le destinataire du service n'a le choix qu'entre cliquer "oui" ou "non" (ou utiliser une autre technologie) pour accepter une offre » (COM[1998] 586 final, p. 28, commentaire de l'article 11).

nération de responsabilité, de conditions d'usage d'un site, etc.? A notre avis, ces actes juridiques — qui peuvent prendre la forme d'un contrat — ne seront pas des « commandes » au sens de l'article 11, 1, puisqu'ils n'impliquent pas l'achat de biens ou de services.

D'autre part, l'article ne parle plus du « moment » de conclusion, ni d'un contrat, ni même d'une commande. Détermine-t-il encore un tel moment, ou bien fixe-t-il seulement les étapes d'une procédure à suivre lors d'une commande en ligne, sans influencer sur le moment de la conclusion? L'évolution du texte à ce sujet semble privilégier la deuxième hypothèse (37). L'article 11, 1, imposerait donc une obligation autonome aux parties liées par un contrat de commande. Cette obligation devrait également être sanctionnée de manière autonome. Les Etats membres peuvent, le cas échéant, décider de la sanctionner par la nullité du contrat, mais ils n'en ont pas l'obligation. En d'autres mots, les Etats membres prévoyant un moment de conclusion du contrat *antérieur* (38) au moment fixé à l'article 11, 1, pourraient maintenir ce principe, pour autant qu'ils sanctionnent la non-exécution de l'obligation d'accuser réception imposée par l'article 11, 1, d'une autre manière.

### Correction d'erreurs

22. — Les législations des Etats membres devront imposer au prestataire de fournir à l'acheteur les moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données (art. 11, 2).

### Usage d'e-mails

23. — Les nouveaux articles 10, 4 et 11, 3 précisent que les articles 10, 1 (informations à fournir), 10, 2 (indiquer les codes de conduite) et 11, 1 (passation d'une commande) (39) ne sont pas applicables aux contrats conclus exclusivement par le biais d'un échange de courriers électroniques (ou un moyen équivalent). Le considérant 39 précise toutefois que ces exceptions « ne sauraient avoir comme conséquence de permettre le contournement de ces dispositions par les prestataires de service ». L'article 11, 3 ne s'applique qu'aux processus contractuels conduits exclusivement par voie d'e-mails. Par conséquent, il ne s'appliquera pas aux situations mixtes, où le processus contractuel n'est que partiellement exécuté par e-mail. Par exemple, un site qui fait une offre en ligne (les conditions d'achat sont mises à disposition sur le site) mais où la commande doit être placée à l'aide de l'envoi d'un e-mail, devra tout de même respecter le prescrit de l'article 11, 1.

## LA RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES (articles 12 à 15)

24. — La question de la responsabilité des prestataires intermédiaires (40), qui fut l'une des plus débattues lors du processus d'adoption de la

(37) Opinion qui nous a été confirmée de manière officieuse par la Commission.

(38) Comme c'est le cas en Belgique, où le moment de conclusion d'un contrat retenu par la Cour de cassation (la réception, par l'offrant, de l'acceptation de l'acheteur) est antérieur à celui fixé par l'article 11, 1 (la confirmation, par l'offrant, de la réception de cette acceptation).

(39) Sauf pour la disposition déterminant le moment de réception d'un courrier électronique (en effet, l'article 11, 3, n'exclut pas l'application de l'article 11, 1, deuxième tiret aux contrats conclus par e-mail).

(40) A l'instar de la directive, nous utiliserons le terme « intermédiaire » pour désigner les différents types de fournisseurs de service sur Internet (ceux que

directive — ce qui justifie un traitement plus approfondi de cet aspect — fait l'objet des articles 12 à 15 de la section 4 du chapitre II (intitulé « Principes ») (41).

A l'instar de la solution adoptée par la législation américaine (42), la directive a opté pour un système prévoyant des cas d'exonération de responsabilité pour les intermédiaires, si ces derniers satisfont à un certain nombre de conditions (adoption d'un rôle passif dans la transmission, absence de connaissance du contenu illicite, etc.). A la condition de respecter ces exigences, l'intermédiaire ne saurait être inquiété en justice; dans cette mesure, il bénéficie de ce qu'on a appelé des « havres de sécurité » (*safe harbours*).

On constatera rapidement les limites d'une telle approche : en se limitant à un tel système, la directive n'offre pas de solutions pour les cas où l'intermédiaire ne bénéficierait pas des conditions d'exonération de la directive. Pour ceux-ci, on est renvoyé au droit de la responsabilité des Etats membres (43). C'est-à-dire qu'ici aussi, la directive devra être largement complétée par les droits nationaux, au risque de voir se développer des jurisprudences assez divergentes (44).

### A. — Généralités

Les observations générales qui suivent s'appliquent aux différents cas d'exonérations.

### Approche horizontale

25. — En matière de responsabilité des intermédiaires pour du contenu illégal présent en ligne, deux possibilités s'offrent au législateur désireux de créer un cadre juridique : soit adopter une législation spécifique ou verticale, qui s'attache à régler les problèmes en cas d'atteinte à un droit spécifique (par exemple au droit d'auteur, à l'instar de ce qu'a réalisé le législateur américain en 1998), soit prendre des mesures à effet général ou horizontal qui s'appliquent à toutes les formes d'atteintes à des droits subjectifs (telle est l'optique choisie par la loi allemande de 1997). Cette optique horizontale est également choisie par la directive sur le commerce électronique, qui prévoit des exonérations de responsabilité pour tous types d'activités illicites exercées en ligne par des tiers, tels que des atteintes aux droits d'auteur et aux droits voisins, aux

l'on a coutume de nommer les I.S.P. pour « Internet Services Providers » et qui sont notamment les fournisseurs d'infrastructure, d'accès, d'hébergement).

(41) Pour d'autres commentaires de ces dispositions, voy. E. Montero, « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *Ubiquité*, n° 5, juin 2000, pp. 99-117; R. Julia-Barcelo, « On-line Intermediary Liability Issues : Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks », *E.I.P.R.*, 2000, pp. 105-119; V. Sédallian, « La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européenne sur le commerce électronique », *Cahiers Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, n° 110, janv. 1999; C. Rojinsky, « Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe », *Gazette du Palais*, doc., 23-24 juin 2000, pp. 18 et s. (mis à jour sur [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net), le 11 octobre 2000); H. Hijmans, « Aansprakelijkheid op het Internet na de totstandkoming van richtlijn 2000/31/E.G. », *Computerrecht*, 2000/5, pp. 234-239.

(42) Le « Online Copyright Infringement Liability Limitation Act » (deuxième titre du « Digital Millennium Copyright Act » du 28 octobre 1998), intégrant un paragraphe 512 dans la loi américaine sur le droit d'auteur.

(43) Comme le précise l'exposé des motifs de la proposition de directive : « Il convient cependant de préciser que les dispositions de cette section n'affectent pas le droit matériel qui régit les différentes infractions qui peuvent être concernées. Cette section se borne à limiter la responsabilité. Si un prestataire de services ne remplit pas les conditions pour bénéficier de cette limitation, la nature et l'étendue de sa responsabilité devront être établies sur la base de la législation nationale » (COM[1998] 586 final, p. 28) (le terme « infraction » utilisé est malheureux car la responsabilité civile est elle aussi visée).

(44) Pour une analyse de droit comparé sur le sujet, voy. A. Strowel, et N. Ide, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet » (en deux parties), *R.I.D.A.*, juill. 2000, n° 185, pp. 3-161, et *R.I.D.A.*, oct. 2000, n° 186, pp. 3-153.

pratiques de commerce, aux droits de la personnalité, en matière pénale, etc.

### Responsabilité du fournisseur de contenu

26. — A force de mettre l'accent sur la responsabilité de l'intermédiaire, on aurait tendance à oublier que le premier responsable d'un contenu illicite est celui qui est à l'origine de sa présence sur Internet (le responsable d'un site web, l'émetteur d'un courriel, le participant à un groupe de discussion, etc.). Nous désignerons ce dernier comme le « fournisseur de contenu » (en anglais, *content provider*). C'est notamment parce qu'il est souvent difficile d'identifier le fournisseur d'un contenu illicite que les personnes préjudiciées se sont tournées vers les intermédiaires qui, en tant qu'opérateurs économiques, peuvent offrir d'autres avantages (solvabilité, aversion à l'égard d'un contentieux, etc.).

### Exonération par activité

27. — Les exonérations valent uniquement pour trois types d'activités ou de services : le « simple transport », le *caching* et l'« hébergement » (voy. ci-après). Il n'y avait pas de raison de prévoir un système d'exonération pour les services de la société de l'information qui ne sont pas spécifiques à Internet, telle que l'offre en ligne de billets d'avion (45) ou la fourniture de services financiers qui restent soumises aux règles de responsabilité prévues par la loi nationale.

### La notion d'information

28. — Les exonérations ne s'appliquent qu'en cas « d'informations » fournies par le destinataire du service de l'intermédiaire. D'après l'exposé des motifs de la directive, le terme « informations » doit être entendu au sens large (46). Le considérant n° 20 d'une première version (non officielle) de la proposition de directive précisait que le terme « information » utilisé notamment dans cet article 12 est « un terme générique à interpréter au sens large et englobant les données, les textes, les images et les sons ». Il était encore précisé que « tous les contenus transmis par le biais de réseaux de communication constituent des informations, qu'il s'agisse de conseils dans le domaine juridique, du contenu d'un contrat ou d'un programme informatique ».

### Le prestataire

29. — Les havres de sécurité bénéficient au seul « prestataire » de services de la société de l'information (également appelé « I.S.P. », abréviation du terme anglais *Internet Source Provider*). Le titulaire d'un site web (qui est, au sens de la directive, un destinataire (47) d'un service de la société de l'information) peut lui-même offrir via son site des services (au moins la mise à disposition d'informations). Ces services peuvent être inclus dans la définition (très large, on l'a vu) de « service de la société de l'information ». Tel sera par exemple le cas du titulaire d'un site qui propose un service de petites annonces en ligne. Le titulaire d'un tel site deviendra-t-il à son tour « prestataire » de service, endossant ainsi en quelque sorte une double casquette (destinataire du service d'hébergement fourni par l'intermédiaire qui héberge son site, et prestataire de son propre service de petites annonces)? À notre sens, oui. Pourra-t-il à son tour bénéficier des exonérations de la directive, par exemple en cas de messages diffamatoires placés dans son forum par ses propres utilisateurs, « destinataires » de son service? La réponse à cette deuxième question est négative. Comme on l'a vu ci-dessus, il ne suffit pas d'avoir la qualité de prestataire de services

pour pouvoir bénéficier des havres de sécurité, encore faut-il exercer un des trois types d'activités exonérées aux articles 12 à 14 de la directive. Pour reprendre notre exemple, puisque le titulaire d'un service de petites annonces en ligne n'offre pas d'accès à un réseau de communication (art. 12), n'effectue pas lui-même de copies cachées de l'annonce illicite (art. 13) et n'héberge pas lui-même l'annonce illicite sur un propre serveur (art. 14), il ne pourra bénéficier de ces exonérations. Ces trois activités sont en effet exercées par son I.S.P. (et, pour la première, par d'autres I.S.P. et opérateurs de réseau), et c'est donc ceux-ci qui pourront bénéficier des exonérations de la directive en cas de plainte d'un tiers en rapport avec l'annonce illicite. Ce n'est que si le titulaire de ce site héberge lui-même son site sur un serveur privé qu'il pourra revendiquer l'application de l'article 14 de la directive. Ce raisonnement vaut également pour le prestataire d'un service de moteur de recherche et d'annuaire. Pour les prestataires de services de moteurs de recherche, la directive précise d'ailleurs qu'elle ne règle pas la question de leur responsabilité (48).

### Responsabilité civile et pénale

30. — Le législateur européen a voulu exonérer l'intermédiaire tant de sa responsabilité civile que pénale. En effet, ce point n'est pas abordé de manière expresse dans les articles ni dans les considérants, mais est mentionné dans l'exposé des motifs, tant à propos de l'article 12 (49), qu'à propos de l'article 14 (50).

### Complicité

31. — Comme le précise l'exposé des motifs à propos de l'article 12 : « Cette exonération de responsabilité couvre à la fois les cas où un prestataire de services pourrait être tenu directement responsable d'une infraction, et ceux où il pourrait être jugé responsable à titre accessoire d'une infraction commise par une autre personne (par ex. en tant que complice) » (51). Cette observation vaut pour les trois cas d'exonération.

### Mesures provisoires

32. — La directive précise (aux articles 12, 3, 13, 2 et 14, 3) que les exonérations n'affectent pas « la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation » (52). En d'autres mots, les exonérations ne s'appliqueront pas aux actions visant à obtenir des mesures de cessation ou d'interdiction. En Belgique, il s'agit des actions en cessation civiles (en cas d'atteinte aux lois sur le droit d'auteur, sur la protection des programmes d'ordinateur ou sur la protection des bases de données) ou commerciales (en cas d'atteinte à la loi sur les pratiques de commerce), ainsi que des actions en référé (par exemple en cas d'attein-

(45) Exemple cité dans l'exposé des motifs (COM[1998] 586 final, p. 28).

(46) Voy. COM[1998] 586 final, p. 28.

(47) Voy. COM[1998] 586 final, p. 28.

(48) L'article 21.2 de la directive précise que, dans le rapport que la Commission devra présenter au Parlement et au Conseil avant le 17 juillet 2003, elle devra examiner « en particulier la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteur de recherche ».

(49) « En ce qui concerne les types d'activités couverts par cet article, une action en dommages ne peut être engagée à l'encontre du prestataire pour quelque forme de responsabilité que ce soit. De même, le prestataire ne peut faire l'objet de poursuites pénales » (COM[1998] 586 final, p. 29).

(50) « L'exonération de responsabilité (tant en ce qui concerne la responsabilité civile que pénale) ne peut être accordée si ... » (COM[1998] 586 final, p. 30).

(51) Voy. COM[1998] 586 final, p. 29.

(52) En outre, en cas d'hébergement, l'exonération de l'article 14 « n'affecte pas non plus la possibilité, pour les Etats membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible ».

te au droit à l'image ou de diffamation). Sont également visées par ces dispositions, les mesures imposées aux intermédiaires par les autorités nationales compétentes en matière de recherche d'infractions pénales (53). En Belgique, où le juge des cessations (même s'il ne peut accorder des dommages et intérêts) se prononce également quant au fond, on risque de se retrouver dans une situation étrange : le juge des cessations pourra enjoindre à un intermédiaire de cesser de stocker une information, alors que, en se prononçant quant au fond, il pourrait être amené à considérer que l'intermédiaire remplit les conditions pour bénéficier d'une exonération.

#### B. — Examen des articles 12 à 15 et 21, 2 de la directive

33. — La directive reconnaît, au profit de l'intermédiaire, le principe de l'absence d'obligation générale de surveillance des informations transmises (art. 15), ainsi que l'absence de responsabilité en cas de simple fourniture d'accès à de l'information illicite (art. 12), pour enfin exiger un certain degré d'intervention de l'intermédiaire en cas de *caching* (art. 13) et d'hébergement (art. 14). Enfin, l'article 21, 2, de la directive a exclu certains points de son champ d'application.

##### 1. — Absence d'obligation de surveillance (article 15)

###### Principe

34. — La section 4 de la directive a pour but d'instaurer « un équilibre entre les différents intérêts en jeu » (54), à savoir l'intérêt des intermédiaires à éviter que leur responsabilité soit trop facilement mise en cause pour les violations aux droits de tiers commises par leurs clients, l'intérêt des ayants droit à limiter le dommage que leur causent de telles violations, mais aussi le besoin de garantir la liberté d'expression en faveur des fournisseurs de contenu en ligne. En effet, si la responsabilité qui pèse sur les intermédiaires est trop grande, par exemple parce qu'on leur impose une obligation de surveillance du contenu offert en ligne par leurs clients, ces intermédiaires seraient tentés d'exercer un contrôle préalable quant à la licéité de ce contenu, avec tous les risques d'atteinte à la liberté d'expression que comporte un tel contrôle.

C'est par souci de sauvegarder la liberté d'expression et d'éviter la censure préalable (55) que le système de responsabilité proposé par la directive se base sur le principe de l'absence d'obligation de surveillance à charge des intermédiaires.

Les intermédiaires n'ont donc pas d'obligation positive de contrôler et de rechercher l'information illicite sur leurs serveurs. Ce principe est toutefois soumis à certaines limites et exceptions.

###### Devoir d'information

35. — L'article 15, 2, permet aux Etats membres d'instaurer à charge des prestataires de services de la société de l'information :

« l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ».

(53) Voy. par ex. l'article 117, § 2, de la loi sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur du 14 juillet 1991 inséré par l'article 3 de la loi du 25 mai 1999 modifiant les articles 97 et 117 de la L.P.C.C. (*M.B.*, 23 juin 1999).

(54) Considérant 41.

(55) Le considérant 9 précise que « la présente directive n'entend pas porter atteinte aux règles et principes fondamentaux nationaux en matière de liberté d'expression ». Ce souci est également confirmé au considérant 46.

L'obligation d'informer promptement les autorités ne peut être imposée qu'en cas d'activités ou d'informations illicites alléguées. Cette précision est importante, puisqu'elle limite l'éventuel devoir d'information des intermédiaires aux cas impliquant des contenus dont la licéité est déjà mise en cause par des tiers. L'article 15, 2, ne fait donc pas exception au principe de l'absence d'obligation de surveillance, mais il prévoit seulement l'obligation, pour les intermédiaires, de transmettre les plaintes de la part de tiers aux autorités nationales compétentes (56).

###### Surveillance de cas spécifiques

36. — Le considérant 47 délimite clairement la portée de l'article 15.1, en précisant que : « l'interdiction pour les Etats membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général. Elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique et, notamment, elle ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale ». Un intermédiaire peut ainsi être amené à surveiller les faits et gestes virtuels d'un client particulier à la demande du ministère public, à condition que cette possibilité soit prévue par la loi (comme c'est par exemple le cas en Belgique en matière d'écoutes téléphoniques).

###### Recherche et prévention

37. — La portée du considérant 48 présente une menace plus importante envers le principe de l'absence d'obligation de surveillance. En vertu de ce considérant, les Etats membres retrouvent la faculté d'imposer une obligation de surveillance à charge des intermédiaires, à condition que celle-ci soit prévue par la loi, qu'elle ne soit pas de caractère général, qu'elle ne concerne que certains types d'activités illicites et qu'elle vise à détecter et à empêcher ces activités. Nous pensons que cette faculté doit être limitée (57) à certains contenus justifiant une surveillance particulière par les autorités, tels que du contenu portant atteinte à la dignité humaine, en particulier le contenu à caractère pédophile.

##### 2. — Activités de simple transport (article 12)

38. — L'hypothèse du « simple transport », couvrant à la fois les actes de transmission de l'information (réalisés par le « fournisseur d'infrastructure ») et de fourniture d'accès à Internet (réalisée par le « fournisseur d'accès »), est envisagée à l'article 12.

L'article 12 exonère tant la simple mise à disposition d'une infrastructure (la transmission d'une information sur Internet nécessite le passage de cette information sur les infrastructures d'un nombre important d'intermédiaires), que la fourniture d'accès à Internet (pour pouvoir utiliser Internet, toute personne doit nécessairement obtenir une connexion au réseau auprès d'un fournisseur d'accès). En d'autres mots, les copies temporaires réalisées à la demande d'un utilisateur sur les serveurs des intermédiaires lors de la consultation des sites qu'il visite (58), ou de la

(56) En Belgique, une telle obligation existe déjà à charge des membres de l'I.S.P.A (l'organisation représentant les intérêts de la majorité des fournisseurs de services Internet belges) en vertu de l'article 3 du protocole de collaboration entre l'I.S.P.A et les ministres des Télécommunications et de la Justice en vue de lutter efficacement contre les actes illicites sur l'internet du 28 mai 1999, disponible sur le site de l'I.S.P.A. à l'adresse <http://www.jspa.be/fr/c040202.html>.

(57) Egalement pour une interprétation stricte du rôle de prévention des intermédiaires, E. Montero, *loc. cit.*, pp. 107-108.

(58) Ces copies temporaires sont à distinguer des copies « cache ». Ces dernières, sont également des copies temporaires, mais que l'intermédiaire conserve sur son serveur au-delà de la durée nécessaire à la consultation d'un site par un seul utilisateur. Les copies cache sont « les copies que fait le prestataire dans

transmission des messages qu'il envoie, ne peuvent pas engager la responsabilité de ces intermédiaires. Le deuxième paragraphe précise que les actes de transmission exonérés comprennent les actes de stockage automatiques (à savoir ceux liés au fonctionnement normal de la technologie utilisée), intermédiaires (c'est-à-dire que le stockage est effectué en cours de transmission) et transitoires (c'est-à-dire que le stockage est effectué pour un laps de temps limité) (59).

### Obligation d'abstention

39. — La condition pour bénéficier de cette exonération est que l'intermédiaire ne joue aucun rôle actif dans la transmission de l'information, ni quant à l'origine (il n'a pas pris la décision d'effectuer la transmission) (60), ni quant à la destination (il ne sélectionne pas les destinataires auxquels la transmission est adressée, tels que les destinataires d'un courrier électronique) (61), ni quant au contenu de celle-ci (il n'opère aucune sélection, mais intervient comme simple vecteur). En outre, il ne peut modifier l'information transmise, étant entendu que « cette exigence ne couvre pas les manipulations à caractère technique qui ont lieu au cours de la transmission, car ces dernières n'altèrent pas l'intégrité de l'information contenue dans la transmission » (62). Ces conditions sont cumulatives. Il est à souligner que, contrairement aux hypothèses des articles 13 et 14 (voy. ci-après), le critère de connaissance n'est pas retenu en cas de simple transport. En théorie, l'intermédiaire pourra donc bénéficier de l'exonération de l'article 12 même s'il a connaissance de l'activité ou information illicite qu'il transmet (63).

#### 3. — Activités de caching (article 13)

### Devoir d'intervention

40. — Contrairement à l'exonération pour simple transport, qui ne nécessite aucun acte positif de la part de l'intermédiaire, un devoir d'intervention lui est imposé dans les cas de *caching* et de *hosting*.

### Le system ou proxy caching

41. — On peut distinguer trois types de copies temporaires. La copie effectuée sur le serveur de l'intermédiaire est nécessaire pour assurer la consultation d'une information par un seul internaute (on parlera de « copie de transmission »). La copie effectuée sur le serveur de l'intermédiaire dans le but de mettre l'information à la disposition d'internautes ultérieurs (on parlera de *system* (64), *server* ou *proxy caching*) a pour but de fluidifier les communications en ligne (65). La copie effectuée dans la mémoire vive de l'ordinateur de l'utilisateur (on parlera de « cache client ») est nécessaire pour permettre l'affichage de l'information à l'écran de l'utilisateur. En principe, ces copies ne consti-

le but de mettre les informations à la disposition d'utilisateurs ultérieurs. Ces activités de stockage font l'objet de l'article 13 » COM[1998] 586 final, p. 29). (59) Ces trois notions sont explicitées dans l'exposé des motifs (COM[1998] 586 final, pp. 29-30).

(60) Par conséquent, « le fait qu'un prestataire procède automatiquement à une transmission à la demande d'un destinataire de son service ne doit pas avoir pour conséquence qu'il soit considéré comme étant à l'origine de cette transmission » (COM[1998] 586 final, p. 29).

(61) La sélection automatique des destinataires d'un e-mail adressé à une liste de distribution ou confié à un agent gérant de fichier d'adresses n'est pas une sélection au sens de l'article 12 (COM[1998] 586 final, p. 29).

(62) Considérant 43.

(63) En ce sens, F. Montero, *loc. cit.*, p. 105.

(64) Terme utilisé dans l'exposé des motifs (COM[1998] 586 final, p. 30).

(65) Ce faisant, l'intermédiaire peut proposer à ses clients un accès plus rapide aux informations qu'il garde en mémoire, la connexion ne devant se faire qu'avec son propre serveur et non plus avec le serveur hébergeant la version originale de l'information.

tuent pas en tant que telles des exploitations séparées de l'exemplaire original.

Seul le *system caching* fait l'objet de l'article 13 (66). En effet, on a déjà vu que la copie de transmission fait l'objet de l'article 12. Quant au cache client, celui-ci ne concerne pas la responsabilité de l'intermédiaire, mais bien celle de l'utilisateur. Cette dernière ne fait pas l'objet de la directive sur le commerce électronique, mais bien de la future directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (67).

### Conditions d'exonération

42. — C'est avant tout une obligation d'abstention qui est requise dans le chef de l'intermédiaire (voy. pts *a* et *d* de l'article 13 : absence d'influence sur le contenu transmis et d'interférence avec les systèmes techniques). Cette obligation est doublée (voy. pts *b* et *c* de l'article 13) d'une obligation de respect de certaines règles, à savoir les règles et standards relatifs à l'accès à l'information et à la mise à jour de celle-ci. A propos de ce dernier point, l'absence de mise à jour de l'information contient en effet un risque de préjudice supplémentaire pour le tiers en cas de violation de ses droits. Admettons qu'un tiers ait obtenu la fermeture d'un site contenant de l'information qui porte atteinte à ses droits. Si le site de départ est retiré du réseau, mais que des copies temporaires de ce site sont encore accessibles sur des serveurs d'intermédiaires qui ne « rafraîchissent » pas régulièrement les copies caches de ce site, cette mise à disposition prolongée peut accroître le préjudice déjà subi par le tiers. Enfin, au point *c*, c'est d'une obligation positive qu'il s'agit : l'intermédiaire doit promptement retirer l'information litigieuse ou bloquer l'accès à celle-ci dès qu'il a connaissance effective (suite à une notification) de la présence de cette information là où elle est accessible de manière permanente (par exemple sur le site qui l'héberge).

#### 4. — Activités d'hébergement (article 14)

43. — Toute personne souhaitant mettre un site web, un B.B.S., un forum etc. à disposition du public via Internet doit faire appel aux services d'un fournisseur d'hébergement (en anglais, *hosting provider*). C'est en effet ce dernier qui se chargera de placer les informations sur un de ses serveurs connectés au réseau Internet. Une fois le contrat d'hébergement conclu entre l'intermédiaire et son client, ce dernier peut placer du contenu sur le serveur de l'intermédiaire de sa propre initiative et sans contrôle préalable de ce dernier.

L'exonération consacrée à l'article 14 ne vaut qu'en cas d'hébergement à la demande d'un client, c'est-à-dire en cas de contenu placé sur ses serveurs en dehors de la volonté de l'intermédiaire, et à condition que le fournisseur n'ait pas connaissance de la présence de l'information illicite sur son site. L'article 14, 1, *a*, distingue deux seuils de connaissance.

### Connaissance effective

44. — Le degré de connaissance pouvant justifier un devoir d'intervention dans le chef de l'intermédiaire est « la connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite ». Remarquons d'abord que ce degré de connaissance n'est pas requis en matière d'actions en dommages et intérêts (le plaignant peut se contenter de prouver une connaissance circonstanciée, voy. ci-après), ni en matière de mesures de cessation

(66) Comme le précise l'exposé des motifs (COM[1998] 586 final, p. 30).

(67) A ce sujet, voy. P.B. Hugenholtz, « Caching and Copyright : The Right of Temporary Copying ». *E.I.P.R.*, October 2000, pp. 482-493, reprochant à l'article 13 d'être « a substantive (copyright) Law "in disguise" » (*loc. cit.*, p. 491).

(qui tombent en dehors du champ des dispositions relatives à la responsabilité, voy. ci-dessus). Ce degré de connaissance aura donc en pratique un champ d'application fort restreint en droit belge. Il sera ainsi requis, pour des actions déclaratoires et en matière pénale, Toute la question est de savoir à partir de quand ce seuil de connaissance est atteint. L'envoi d'une notification constitue la principale hypothèse d'une telle connaissance. Il est regrettable que la directive reste muette quant aux informations que doit contenir une telle notification pour créer dans le chef de l'intermédiaire le degré de connaissance effective.

#### Le caractère illicite

45. — La connaissance doit-elle porter sur la seule existence de l'information, ou vise-t-elle également le caractère illicite de l'information? Cette question est particulièrement délicate à résoudre. En effet, si l'on considère que la connaissance du caractère illicite est requise, cela revient à attribuer à l'intermédiaire le rôle d'un juge amené à se prononcer quant au bien-fondé des revendications du plaignant, rôle qui ne lui revient pas et pour lequel il ne possède pas les compétences juridiques nécessaires. Si on considère que la connaissance de l'existence de l'information (dont le plaignant prétend qu'elle est illicite) est suffisante, cela pourrait alourdir le devoir d'intervention de l'intermédiaire au-delà de ce qu'a souhaité la directive (68). En effet, dans ce dernier cas, l'intermédiaire devrait intervenir dès qu'un tiers lui communique l'existence d'une information dont il prétend qu'elle est illicite et ce même si, aux yeux de l'intermédiaire, cette information est manifestement licite. L'intermédiaire risquerait ainsi de devenir l'instrument de vengeances personnelles (particulièrement en matière de diffamation) et d'exposer sa responsabilité envers son client pour retrait intempestif de l'information (question qui n'est pas réglée par la directive, voy. ci-après). A notre avis (69), il faut adopter un juste milieu : si l'information litigieuse notifiée à l'intermédiaire n'est manifestement pas illicite, l'intermédiaire n'aura pas le devoir d'intervenir et pourra exiger des preuves supplémentaires de la part du plaignant. Par contre, dès l'instant où le plaignant parvient à établir l'apparente illicéité de l'information, l'intermédiaire aura l'obligation d'intervenir pour bénéficier d'une exonération.

#### Connaissance circonstanciée

46. — En cas d'action en dommages et intérêts, la directive est moins exigeante quant au degré de connaissance requis, la connaissance pouvant dans ce cas également résulter « de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ». On pourrait s'interroger quant au bien-fondé d'une telle distinction. La directive reste également muette quant à la définition des faits ou circonstances aptes à faire naître ce degré de connaissance. On peut considérer que dans ce cas, la notification peut être moins formelle que celle nécessaire pour créer la connaissance effective. Une telle connaissance pourrait également naître de circonstances autres que la notification.

#### Réaction prompte

47. — Une fois la connaissance établie, l'exonération ne jouera que si l'intermédiaire agit « promptement » pour retirer ou bloquer l'accès à l'information illicite.

(68) Rappelons en effet que la directive (aux considérants 9 et 46) a également pour souci de préserver la liberté d'expression.

(69) Voy. aussi « l'interprétation raisonnable » de l'article 14 par E. Montero, « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *Ubiquité*, n° 5, juin 2000, p. 109.

#### C. — Réexamen (article 21, 2)

48. — L'article 21, 2, de la directive précise que, dans le rapport que la Commission devra présenter au Parlement et au Conseil avant le 17 juillet 2003, elle devra examiner la nécessité d'adapter la présente directive, et analyser en particulier :

« la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteur de recherche, les procédures de notification et de retrait (*notice and take down*) et l'imputation de la responsabilité après le retrait du contenu ».

Limitons-nous à évoquer la question de la procédure dite de *notice and take down*. Il est clair que l'absence de dispositions précises, quant aux degrés de connaissance requis dans le chef des intermédiaires, quant aux informations que doit contenir la notification d'un plaignant et quant aux délais de réaction laissés aux différents intervenants, ouvre la voie à de nombreuses possibilités de contestations dans la pratique. Une certaine sécurité juridique peut être obtenue à ce niveau par des procédures de notification et de retrait, qui déterminent les conditions de forme auxquelles doit répondre la notification d'un plaignant et les modalités du retrait du contenu à respecter par l'intermédiaire.

On lira au considérant 40 de la directive (70) que « la présente directive doit constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible ». Il conviendrait que de tels mécanismes soient élaborés sur la base d'accords volontaires négociés entre toutes les parties concernées et qu'ils soient encouragés par les Etats membres.

Le droit communautaire vise donc à définir le cadre dans lequel un droit négocié (quant aux procédures de notification et de retrait) pourra prendre place, illustrant ainsi le phénomène dit de « procéduralisation » du droit.

## 5 LA MISE EN ŒUVRE DES RÉGLEMENTATIONS (articles 16 À 20)

#### Les codes de conduite

49. — Les auteurs de la directive entendaient laisser aux parties intéressées et aux autorités nationales un maximum de champ libre afin de déterminer les modalités d'application de certaines dispositions de la directive. C'est pourquoi la directive encourage l'établissement de codes de conduite par les parties intéressées elles-mêmes au niveau communautaire (art. 16, 1, a). Test Achats a ainsi développé, avec le soutien de la Communauté européenne, un code de conduite appelé *Web Trader*, qui est censé garantir que le site qui en porte le logo respecte des normes de protection des consommateurs, en matière d'information, de sécurité des transactions, de respect de la vie privée par exemple.

Les parties intéressées sont invitées à communiquer à la Commission les projets de codes, afin de s'assurer de la conformité de ceux-ci avec le droit communautaire (art. 16, 1, b). En revanche, les accords volontaires auxquels l'autorité publique est partie contractante devront obligatoirement être notifiés en vertu de et dans les conditions prévues par la directive 98/34 C.E. (71).

(70) Voy. également les considérants 41 et 49 et l'exposé des motifs (COM[1998] 586 final, p. 30).

(71) Directive 98/34/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et ré-

## Les modes alternatifs de règlement des litiges

50. — L'article 17 de la directive entend promouvoir l'usage des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends (encore souvent appelés les A.D.R. pour « Alternative Dispute Resolution systems »). En effet, les mesures judiciaires classiques ne sont pas toujours suffisamment efficaces ou adaptées pour convaincre les prestataires de fournir les services et les consommateurs de les utiliser (72). La lenteur des moyens classiques d'agir et les coûts, par rapport à la nature des activités (par ex., en cas d'achats portant sur des montants de faible ampleur ou des litiges entre personnes privées) constitueraient, selon la Commission, les principaux freins ou inadaptations.

En outre, la nature « globale » de l'Internet, et du commerce en ligne, justifie que se développent des modes *sui generis* de règlement des conflits détachés de l'emprise d'un droit national et d'un système judiciaire étatique donné. Il est enfin logique que les parties intéressées par le commerce électronique préfèrent que se développent des modes de règlement *électroniques et en ligne* des conflits. Actuellement, un système alternatif de règlement des conflits fonctionnant presque entièrement en ligne et faisant appel à des quasi-arbitres de nationalités différentes permet, en matière de pillage de noms de domaine (*cybersquattage*), d'obtenir pour un coût modique une décision efficace (transfert du nom) et rapide (sanction mise en œuvre dix jours après une décision rendue à l'issue d'une procédure d'une cinquantaine de jours) (73). Ce système prévu pour un type de conflit assez délimité et simple pourrait servir de modèle à des mécanismes d'A.D.R. dans le domaine de la protection des consommateurs, où le besoin de tels modes est grand, mais les problèmes plus complexes.

En 1998, la Commission a adopté une communication sur le règlement extrajudiciaire des conflits en matière de consommation (74), qui définit les principes et garanties procédurales que doivent respecter ces modes de règlement (dont les principes d'indépendance, de transparence, de respect du contradictoire, de légalité). Une série d'initiatives ont vu le jour dans ce domaine (75), sans que l'on puisse encore parler de succès de ces modes de règlement. L'un des objectifs de la Commission est actuellement de créer un réseau européen extrajudiciaire (*European Extra-Judicial Network* ou *E.E.J.-NET*) comportant des *clearing houses* ou points de contact nationaux permettant de rediriger les plaintes des consommateurs vers l'organisme équivalent fonctionnant dans le pays du prestataire de service.

### Les recours juridictionnels et autres mesures s'imposant aux Etats membres

51. — Sur Internet, les actes préjudiciables peuvent se propager très rapidement (considérant 52). C'est pour cette raison qu'à l'article 18, la directive oblige les Etats membres à prévoir dans leur droit national un accès efficace à diverses formes de règlement des litiges. Le paragraphe premier de cet article porte sur les procédures d'urgence, en particulier les procédures en référé, et impose aux Etats membres l'obligation (« de résultat » d'après l'exposé des motifs) (76) d'examiner dans quelle mesure leurs procédures sont adaptées pour faire face à des comportements illicites ou des litiges sur Internet. Le considérant 52 précise que « les Etats membres doivent évaluer la néces-

glementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.C.E.*, 21 juill. 1998, L 204, p. 0037.

(72) Voy. COM[1998] 586 final, p. 13.

(73) Voy. la contribution d'A. Cruquenaire, ci-après, p. 146.

(74) Voy. COM[1998] 198 final.

(75) Voy. V. Tilman, « Arbitrage et nouvelles technologies », *Ubiquité*, mai 1999, n° 2, pp. 47-64. En décembre 2000, l'O.E.C.D. a, en collaboration avec la Conférence de La Haye sur le droit international privé et la Chambre de commerce internationale, organisé une conférence sur ce sujet afin de préciser les directions à suivre dans le développement des A.D.R. en matière de commerce électronique.

(76) Voy. COM[1998] 586 final, p. 32.

sité de fournir un accès aux procédures juridictionnelles par les moyens électroniques appropriés ». La loi belge du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, et notamment ses articles 4 à 6 (non encore en vigueur), va déjà en ce sens. Le deuxième paragraphe de l'article 18 étend les actions en cessation prévues par la directive 98/27/C.E. et visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs, au domaine couvert par la directive sur le commerce électronique.

L'article 19 prévoit plusieurs mesures destinées à améliorer la coopération en matière de commerce électronique entre les Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres et la Commission. Les considérants 58 à 62 mettent également l'accent sur l'intérêt d'une coopération avec les pays tiers, les grands ensembles non européens et les enceintes internationales. Parmi ces mesures, relevons l'obligation pour les Etats membres d'établir des points de contact accessibles au moins par voie électronique et destinés à orienter et assister notamment les consommateurs (mise à disposition d'informations générales, notamment sur les procédures de réclamation et de recours disponibles en cas de différends, et des coordonnées des différentes instances pouvant les assister), ainsi que la recommandation de communiquer à la Commission les décisions administratives et judiciaires importantes à propos de litiges relatifs aux services de la société de l'information.

L'article 20, qui impose aux Etats membres de prévoir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, est une disposition standard dans les directives relatives au marché intérieur. Elle ne concerne pas les sanctions pénales, qui ne sont pas visées par la directive (77) (sous réserve du principe des havres de sécurité, qui s'applique également en matière pénale, voy. *supra*). Les sanctions visées dans la directive sur le commerce électronique sont sans préjudice de toute autre sanction ou voie de droit prévue par le droit national (considérant 54).

## 6 CONCLUSIONS

52. — La directive sur le commerce électronique vise à établir « un cadre léger, évolutif et flexible » (78). Un cadre réglementaire lourd ou rigide pourrait en effet freiner le commerce électronique qui n'est encore que dans une phase de démarrage. Les récentes évolutions du marché révèlent bien la fragilité des entreprises qui se sont lancées dans ce domaine.

Lui assurer un cadre juridique de qualité est une — bonne — chose, et répond certainement à un besoin pressant. Autre chose est d'assurer le développement de l'accès aux services, et pas simplement commerciaux, de la société de l'information (79). Beaucoup reste à faire à cet égard.

Alain STROWEL,  
*Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis  
et à l'Université de Liège, avocat*

Nicolas IDE et Florence VERHOESTRAETE,  
*Avocats*

(77) Considérants 8 et 54.

(78) Voy. COM[1998] 586 final, p. 17.

(79) Les Etats membres sont invités à prendre en compte les différentes implications sociales, sociétales et culturelles inhérentes à l'avènement de la société de l'information (considérant 63) afin d'offrir au public un accès à un éventail de services aussi large que possible.